

L'OBBLIGO DI ALIENAZIONE DELLE PARTECIPAZIONI NON SI APPLICA ALLE SOCIETÀ DI GESTIONE DEL SERVIZIO FARMACEUTICO

di **VALENTINA GUERRIERI**

Nota a sentenza del 25 ottobre 2018

ISSN 2420-9651

L'obbligo di alienazione delle partecipazioni societarie non è applicabile alle società di gestione del servizio farmaceutico costituite con farmacisti ex dipendenti in base all'[art. 9 l. n. 475 del 1968](#).

[CORTE COST. – 31 MAGGIO 2018, n. 116](#)

L'obbligo di alienazione delle partecipazioni societarie non è applicabile alle società di gestione del servizio farmaceutico costituite con farmacisti ex dipendenti in base all'[art. 9 l. n. 475 del 1968](#).

IL CASO – La Corte Costituzionale è stata chiamata a vagliare la legittimità dell'art. 1, comma 568-bis, lett. b), legge di stabilità 2014 – il quale “invita” le amministrazioni locali all'alienazione delle partecipazioni societarie detenute – applicato alle società miste di gestione del servizio farmaceutico di cui all'[art. 9 l. n. 475 del 1968](#).

La Consulta, con sentenza interpretativa di rigetto, ha ritenuto infondate le questioni di costituzionalità sollevate non considerando l'obbligo di dismissione applicabile alle partecipazioni societarie riguardanti le società di gestione di farmacie comunali costituite da ex dipendenti, attesa la specialità del modello societario e di gestione del servizio.

LE QUESTIONI GIURIDICHE E LA SOLUZIONE – La vicenda oggetto del giudizio di legittimità costituzionale ricostruisce il rapporto che intercorre tra l'[art. 9, comma 1, lett. d\), l. n. 475 del 1968](#), concernente la disciplina del servizio farmaceutico e il comma 568-bis dell'art. 1 l. di stabilità 2014, che impone la dismissione delle partecipazioni societarie detenute dalle pubbliche amministrazioni.

La prima delle richiamate norme è relativa alle modalità di gestione delle farmacie comunali mediante società miste, ovvero «società di capitali costituite tra il comune e i farmacisti che, al momento della costituzione della società, prestino servizio presso farmacie di cui il comune abbia la titolarità». La medesima norma prosegue precisando che «all'atto della costituzione della società cessa di diritto il rapporto di lavoro dipendente tra il comune e gli anzidetti farmacisti».

Il comma 568-bis l. n. 147 del 2013 – inserito dal [d.l. 16 del 2014](#) – invece, nell'ambito del processo di razionalizzazione delle società e delle partecipazioni societarie pubbliche, impone alle amministrazioni locali e alle società da esse controllate direttamente o indirettamente di procedere all'alienazione delle partecipazioni, «a condizione che questa avvenga con procedura a evidenza pubblica (...) e alla contestuale assegnazione del servizio per cinque anni (...)». La norma, inoltre, con precipuo riguardo

alle società miste prevede espressamente che «al socio privato detentore di una quota di almeno il 30 per cento (...) deve essere riconosciuto il diritto di prelazione».

Il Tar Lazio Roma con sentenza non definitiva del 28 febbraio 2017, n. 2940 invocava l'illegittimità dell'appena richiamato comma 568-*bis* – con riferimento agli [artt. 41 e 47](#) della Carta Costituzionale – se esteso alle società miste che gestiscono il servizio farmaceutico dato che, anche ammettendo che il servizio sia affidato all'ente societario risultante a seguito del processo di privatizzazione, pone il limite temporale di cinque anni.

Questa astratta possibilità riconosciuta alla PA «di recedere dal rapporto di affidamento della gestione della farmacia comunale previamente attuato attraverso la costituzione di una società con un socio privato», secondo i giudici del Tribunale regionale, rischia di pregiudicare la posizione del socio ex farmacista, poiché prevede «una concessione per la durata di soli cinque anni, prorogabili per una volta». A fronte di detta limitazione temporale – prosegue il Tar – viene riconosciuta «al privato unicamente la possibilità di esercitare il diritto di prelazione al prezzo del migliore offerente (...) con conseguente necessità di un ulteriore esborso economico a fronte di una ridotta durata della concessione».

Sulla scorta di dette argomentazioni la sentenza del Tar Lazio ritiene che il termine quinquennale della concessione previsto dalla disposizione della legge di stabilità 2014, pur essendo ispirato «dalle condivisibili finalità di contenimento della spesa e di tutela della concorrenza», è idoneo a incidere in maniera irragionevole sull'affidamento risposto dal farmacista dipendente che, prima dell'entrata in vigore della [l. n. 147 del 2013](#), «abbia aderito al progetto di partenariato pubblico-privato per la gestione del servizio farmaceutico, rinunciando al rapporto di pubblico impiego e conferendo un'ingente somma di denaro, sul presupposto che il pattuito assetto di interessi fosse destinato a valere per un lungo periodo di tempo».

La Corte Costituzionale, al contrario, ha ritenuto non fondate le questioni di legittimità prospettate dal Tribunale regionale attraverso un percorso argomentativo diametralmente opposto a quello seguito dal giudice *a quo* ritenendo, quindi, non applicabile la norma censurata alle società di gestione di farmacie comunali costituite *ex art. 9 l. n. 475 del 1968*.

Più nel dettaglio, i giudici della Consulta, chiariscono che il Tar Lazio «erra, giacché non considera, come invece avrebbe dovuto, che alla disposizione censurata non poteva

e non doveva essere riconosciuto un tale ambito di applicazione. Correttamente interpretata, infatti, la previsione dell'[art. 1, comma 568-bis, lett. b\), l. n. 147 del 2013](#) non può estendere il proprio campo di riferimento alla fattispecie della società partecipata preposta alla gestione delle farmacie comunali.

A sostegno di detta conclusione vengono delineate le caratteristiche della società di gestione del servizio farmaceutico, che rappresenta «un modello specialissimo di società a partecipazione mista per la gestione di servizi pubblici locali (...) e un modello altrettanto eccezionale di gestione da parte del comune del servizio farmaceutico».

Infatti, già dalla lettura della disciplina normativa si evincono gli elementi che caratterizzano lo strumento societario della [l. n. 475 del 1968](#), in quanto «sebbene non si tratti di società interamente pubblica, e sebbene in essa i soci privati non vengano scelti con gara secondo procedure di evidenza pubblica, la società partecipata» per la gestione delle farmacie comunali risulta diretta affidataria del servizio. Dunque, «ogni scelta circa l'opportunità di coinvolgere altri soggetti nella compagine societaria e circa i caratteri soggettivi dei privati da coinvolgere è già operata a priori dalla legge, in maniera vincolante per l'amministrazione».

Elementi di specialità si rinvencono, altresì, con riguardo alla figura del socio farmacista che si differenzia da quella dell'ordinario socio privato di una società comunale di gestione di un servizio pubblico atteso che, «con essa il legislatore valorizza una peculiare categoria di dipendenti dell'ente locale, i farmacisti, che vengono con ciò resi compartecipi dell'impresa pubblica».

I richiamati profili di specialità della società mista in esame portano la Corte Costituzionale a qualificarla in termini di una «nuova veste gestionale di un servizio pubblico che il comune già svolgeva sotto altra forma». Da ciò consegue che all'affidamento non possono essere posti «limiti temporali di durata e al socio privato è consentito di disporre delle sue quote perfino in sede testamentaria».

Nel predetto modello societario, in cui sussiste una predeterminazione legislativa della composizione della compagine sociale, «l'ammissibilità dell'affidamento diretto del servizio alla società (...) è solitamente giustificata in ragione della piena comunanza di interessi fra l'amministrazione locale titolare del servizio e i farmacisti dipendenti». Ciò permette di escludere che la partecipazione di privati alla compagine sociale determini il rischio che la società non persegua pienamente l'interesse pubblico dell'ente locale che vanta la titolarità del servizio.

Dopo aver delineate le peculiarità del modello societario oggetto di esame, la Corte Costituzionale mette in evidenza le ragioni per cui la fattispecie esula dal campo di applicazione della disposizione della legge di stabilità 2014 censurata.

In primo luogo, si specifica che l'applicazione del comma 568-bis alla società mista partecipata da farmacisti ex dipendenti «determinerebbe la creazione di un nuovo modello del tutto “spurio” di gestione dei servizi pubblici locali». Infatti, diversamente opinando, all'interno della società privatizzata per la gestione delle farmacie comunali, si realizzerebbe una convivenza tra «un socio selezionato senza gara (il farmacista ex dipendente) e uno selezionato con gara, e la stessa società originariamente affidataria diretta del servizio per la durata, di norma pluridecennale, fissata statutariamente, si vedrebbe ridotta alla condizione di concessionaria dello stesso servizio per il limitato periodo di cinque anni».

In secondo luogo, la Corte di legittimità afferma che, se si applicasse il comma della stabilità per il 2014 alle società di gestione del servizio farmaceutico, la norma rischierebbe di presentare dubbi di incostituzionalità, sia sotto il profilo della lesione del legittimo affidamento, sia sotto quello della sua intrinseca irragionevolezza, anche in un'ottica di tutela della concorrenza ([art. 41 Cost.](#)) e del risparmio ([art. 47 Cost.](#))

Più nel dettaglio, si finirebbe «per autorizzare l'amministrazione a incidere unilateralmente mediante una drastica riduzione della durata del servizio e senza indennizzo (...) sull'esercizio in atto di servizio pubblico comunale assegnato per un periodo pluridecennale, in base a un'espressa previsione di legge e a fronte dell'assunzione da parte del privato di oneri alquanto gravosi (pagamento della quota e rinuncia all'impiego dipendente)».

L'interpretazione della disposizione della legge di stabilità 2014 prospettata dal Tar Lazio sarebbe, altresì, in contrasto con la *ratio* della stessa, che è quella di valorizzare il patrimonio pubblico, incentivando la sua immissione nel mercato.

In definitiva, è indubbio - conclude la Corte Costituzionale - «che solo un'interpretazione della disposizione sospettata di illegittimità costituzionale che escluda dal suo ambito di applicazione le società partecipate dai farmacisti ex dipendenti è idonea a sventare il rischio di un suo contrasto con i citati principi costituzionali». Pertanto, «interpretato alla luce della sua *ratio* e in conformità con la Costituzione, il censurato art. 1, comma 568-*bis*, lett. b), della [l. n. 147 del 2013](#) presenta un significato diverso da quello ad esso attribuito dal giudice a quo e che, di

conseguenza, tutte le questioni di legittimità costituzionale prospettate devono ritenersi non fondate».

OSSERVAZIONI – L'[art 1, comma 568-bis, l. n.147 del 2013](#) (inserito dal [d.l. 6 marzo 2014, n. 16](#), conv. dalla [l. 2 maggio 2014, n. 68](#)) ha sollecitato le amministrazioni locali allo scioglimento o all'alienazione, mediante procedure di evidenza pubblica, delle partecipazioni detenute. La misura rappresenta un incentivo allo scioglimento delle società a partecipazione pubblica e alla dismissione delle partecipazioni non indispensabili al perseguimento delle finalità istituzionali dell'ente e di quelle con bassa redditività o in perdita.

La richiamata disposizione si inserisce in un piano più ampio di rimediazione del perimetro delle partecipazioni pubbliche. Infatti, con diversi interventi normativi a partire dal 2006 e, in maniera più pregnante dal 2012 (complici anche esigenze di *spending review*) il legislatore ha voluto occuparsi della tematica delle società partecipate dalle amministrazioni pubbliche, anche locali, imponendo a queste ultime di compiere un concreto passo verso la razionalizzazione delle partecipazioni detenute.

La *ratio* delle norme volte a ridurre il numero delle partecipate si rinviene, all'evidenza, nella necessità di favorire un migliore utilizzo delle risorse pubbliche (in termini di efficacia ed efficienza dell'azione amministrativa) e il contenimento dei costi degli apparati amministrativi, da attuarsi mediante l'utilizzo di strumenti e processi di matrice prettamente economico-aziendale.

Il raggiungimento di detti obiettivi viene, infatti, esplicitato nella stessa legge di stabilità 2014 (art. 1, commi 550 e 553), la quale prevede che anche le aziende speciali e alle istituzioni partecipate dalle pubbliche amministrazioni locali *“concorrono alla realizzazione degli obiettivi di finanza pubblica, perseguendo la sana gestione dei servizi secondo criteri di economicità e di efficienza”*.

Tuttavia, il rispetto di questi ultimi criteri non si riverbera direttamente sulla gestione dei servizi pubblici; al contrario, incide su di essa in modo indiretto, poiché solo le partecipazioni indispensabili e redditive possono essere mantenute o acquisite.

L'implementazione delle direttrici di razionalizzazione del perimetro delle società e degli organismi partecipati ha subito una ulteriore spinta attraverso la legge di stabilità per il 2015 ([l. n. 190 del 2014](#)), la quale ha delineato dei “criteri guida” che devono informare le amministrazioni pubbliche nella dismissione delle partecipazioni in

società, da attuarsi attraverso piani operativi di razionalizzazione.

In particolare, il comma 611 della legge di stabilità per il 2015 individua, in modo specifico e dettagliato, da un lato, gli ambiti di intervento della normativa e, dall'altro, le linee direttrici per conseguire il predetto obiettivo.

La lettera dell'[art. 1, comma 611, l. n. 190 del 2014](#) richiama, in via preliminare, le finalità ultime perseguite attraverso la riduzione delle partecipazioni detenute da enti pubblici, ovvero la necessità di assicurare «il coordinamento della finanza pubblica, il contenimento della spesa, il buon andamento dell'azione amministrativa e la tutela della concorrenza e del mercato».

L'area di applicazione soggettiva dell'obbligo di provvedere alla razionalizzazione risulta particolarmente estesa. Vi rientrano, infatti, «le regioni, le province autonome di Trento e di Bolzano, gli enti locali, le camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, le università e gli istituti di istruzione universitaria pubblici e le autorità portuali».

Il contenuto del comma in esame può essere riassunto ponendo in luce i principi informativi della disciplina, che, all'evidenza, investono i profili più problematici relativi alla gestione e alle modalità di funzionamento delle società partecipate.

Pertanto, il predetto percorso di razionalizzazione deve attuarsi «anche tenendo conto dei seguenti criteri: a) eliminazione delle società e delle partecipazioni societarie non indispensabili al perseguimento delle proprie finalità istituzionali (...); b) soppressione delle società che risultino composte da soli amministratori o da un numero di amministratori superiore a quello dei dipendenti; c) eliminazione delle partecipazioni detenute in società che svolgono attività analoghe o simili a quelle svolte da altre società partecipate o da enti pubblici strumentali (...); d) aggregazione di società di servizi pubblici locali di rilevanza economica; e) contenimento dei costi di funzionamento (...)».

Il successivo comma 612 della legge di stabilità per il 2015 precisa le modalità operative attraverso cui giungere alla ridefinizione del perimetro delle partecipazioni pubbliche. Si chiede, dunque, alle amministrazioni, in possesso di partecipazioni societarie dirette o indirette, di redigere un piano di razionalizzazione operativo specifico, puntale e concretamente attuabile, nonché comprensivo delle tempistiche e delle modalità di azione, definito alla luce dei canoni fissati dal legislatore e dei benefici attesi in termini di risparmio ed effetti sul portafoglio delle partecipazioni detenute

dall'ente.

Le regole fissate dalle leggi di stabilità per il 2014 e per il 2015 risultano oggi compendiate nel Testo Unico società partecipale (TUSP). L'art. 20 del T.U. disciplina, infatti, la procedura di razionalizzazione periodica delle partecipazioni detenute dagli enti pubblici, che annualmente sono chiamati a predisporre «un'analisi dell'assetto complessivo delle società in cui detengono partecipazioni, dirette o indirette, predisponendo, ove ricorrano i presupposti (...), un piano di riassetto per la loro razionalizzazione, fusione o soppressione, anche mediante messa in liquidazione o cessione».

L'[art. 24 d.lgs. 175 del 2014](#) dispone, invece, una revisione straordinaria delle partecipazioni detenute (in via diretta o indiretta) dalle amministrazioni pubbliche attraverso un piano di ricognizione e l'alienazione entro un anno dall'approvazione dell'atto ricognitivo.

Lo stesso articolo, con riguardo alle amministrazioni alle quali si applica il piano di razionalizzazione previsto dalla già analizzata legge di stabilità per il 2014, dispone che il provvedimento di ricognizione rappresenta un aggiornamento del piano operativo di razionalizzazione.

Come chiarito dal Consiglio di Stato nel parere n. 83 del 2017 reso sullo schema di decreto legislativo correttivo del [d.lgs. n. 175 del 2016](#) (poi divenuto il [d.lgs. n. 100 del 2017](#)), l'art. 24 T.U. appare “far sistema” con l'art.20 del decreto, contenendo entrambi disposizioni che riguardano la razionalizzazione delle partecipazioni pubbliche. Essi, invero, si differenziano in ragione della circostanza che il primo articolo detta una disciplina annuale di revisione, mentre l'art. 24 impone vero e proprio meccanismo di razionalizzazione straordinaria delle partecipazioni.

Ripercorse le linee direttrici segnate dal legislatore negli ultimi anni per ridurre la grande mole delle partecipazioni degli enti pubblici, soprattutto a livello locale, è opportuno focalizzare l'attenzione sulla questione oggetto della sentenza della Corte Costituzionale in analisi.

In particolare, la Consulta si interroga sull'ambito di operatività del comma 568-*bis* [l. n. 147 del 2013](#) – non toccato dall'entrata in vigore del T.U. partecipate (art. 20 comma 6) – analizzando la finalità dello stesso. Questa disposizione inserita nella legge di stabilità 2014, infatti, favorisce l'alienazione delle partecipazioni societarie di pubbliche amministrazioni attraverso «la previsione di un duplice ordine di vantaggi per

i soggetti della potenziale operazione di vendita: alla pubblica amministrazione locale alienante è riconosciuto un beneficio fiscale», al contrario «al privato acquirente – di un bene che può essere di scarsa attrattività nel mercato – è concesso l'affidamento del servizio per cinque anni; nel caso di società mista, inoltre, al socio privato che già detenga una quota di almeno il 30 per cento viene assegnato il diritto di prelazione per acquistare la quota pubblica».

Ciò posto, attesa anche la *ratio* del comma 568-*bis*, appare evidente che i suoi confini soggettivi non possano estendersi a tal punto da ricomprendere le società miste costituite dai comuni per la gestione del servizio farmaceutico, a meno che non si voglia snaturare l'obiettivo che la legge di stabilità 2014 persegue, ovvero quello di valorizzare il patrimonio pubblico favorendo il suo collocamento sul mercato.

Questa conclusione si fonda, secondo i giudici di legittimità, sulla specialità della gestione del servizio, nonché del modello societario contenuto nella [l. n. 475 del 1968](#), soprattutto con riguardo alla posizione assunta dal socio privato farmacista ex dipendente individuato dal legislatore, in deroga alla regola generale del ricorso all'evidenza pubblica.

Sulla scorta di ciò, l'affidamento diretto del servizio viene giustificato dalla comunanza di interessi tra il comune titolare del servizio e gli ex farmacisti che permettono, all'evidenza, di perseguire i fini pubblici che muovono l'attività amministrativa.

Pertanto, l'interpretazione del comma 568-*bis* fornita dalla Consulta scongiura frizioni con gli [artt. 41 e 47 Cost.](#), che la norma potrebbe comportare se si ritenesse applicabile alle società comunali di gestione delle farmacie.

Invero, si evita di creare un modello non legislativamente previsto di gestione dei servizi pubblici locali in cui un socio (l'ex dipendente) non è individuato con gara, mentre l'altro (gestore del servizio) è selezionato con procedure concorrenziali; con la conseguenza che la società affidataria diretta del servizio si trasformerebbe in mera concessionaria del servizio per soli cinque anni.

Si vuole, in definitiva, impedire che l'amministrazione locale – agendo, tra l'altro, in contrasto con l'[art. 11 l. n. 241 del 1990](#) e l'[art. 176 Codice dei contratti pubblici](#) – possa unilateralmente procedere a una netta riduzione della durata del servizio (fissandola a cinque anni) senza indennizzo.

In altre parole, l'interpretazione costituzionalmente orientata della norma preclude di incidere sull'esercizio di servizio pubblico in corso, assegnato per un periodo

pluridecennale e a fronte del pagamento della quota da parte del socio privato e della sua rinuncia all'impiego dipendente, adempimenti supportati dal legittimo affidamento di una lunga durata della gestione del servizio farmaceutico.

In conclusione, solo l'interpretazione nei termini appena richiamati del comma 568-*bis* della legge di stabilità per il 2014 che escluda dal suo ambito di applicazione le società partecipate comunali preposte alla gestione del servizio farmaceutico è idonea a sventare il rischio di «dubbi di legittimità costituzionale (...) sia sotto il profilo della lesione del legittimo affidamento, sia sotto quello della sua intrinseca irragionevolezza».

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI E BIBLIOGRAFICI – In giurisprudenza oltre alla sentenza annotata si segnalano Corte Conti, sez. contr. Emilia Romagna 31 marzo 2018, n. 61; Corte Conti, sez. contr. Marche, 15 marzo 2018, n. 21; [Cons. Stato, sez. III, 29 agosto 2016, n. 3716](#); [Cons. Stato, sez. III, 4 settembre 2015, n. 4120](#); [Cons. Stato, sez. III, n. 729 del 2013](#); [Tar Piemonte, sez. II, 14 giugno 2013, n. 767](#). In dottrina si segnalano C. IBBA-I. DEMURO (a cura di), *Commentario tematico ai d.lgs. 175/2016 e 100/2017*, Bologna, 2018; M. CALCAGNILE, *La razionalizzazione delle società a partecipazione pubblica*, in *Giornale dir. amm.*, 2017, 4, 441; G. SALA-G. SCIULLO, *Procedimento e servizi pubblici nel diritto amministrativo in trasformazione*, Napoli, 2017; H. BONURA-G FONDERICO, *Il testo unico sulle società a partecipazione pubblica – il commento*, in *Giornale dir. amm.*, 2016, 6, 722; R. PEREZ, *La razionalizzazione delle società partecipate e gli equilibri finanziari locali*, in *Giornale dir. amm.*, 2015, 2, 199; B.R. NICOLOSO, *L'evoluzione del servizio farmaceutico nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Rass. dir. farm.*, 2016, 473.